OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-851445/4/Bm

Datum:
Linz, 8. April 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des K J Z, X, X, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 6. Februar 2020, GZ: BHLLGE-2020-39101, betreffend Nachsicht vom Ausschluss von der Gewerbeausübung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Eingabe vom 3. Februar 2020 beantragte der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) die Nachsicht vom Ausschluss der Gewerbeausübung für das Gewerbe „X“.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 6. Februar 2020, GZ: BHLLGE-2020-39101, wurde dieses Ansuchen im Grunde des § 26 Abs. 1 iVm § 13 Abs. 1 GewO 1994 abgewiesen und die Nachsicht vom Ausschluss von der Ausübung des Gewerbes „X“ nicht erteilt.

Begründend wurde nach Zitierung der anzuwendenden Rechtsvorschriften ausgeführt, der Gesuchswerber sei mit Urteil des Landesgerichtes X vom 10. März 2017, GZ: 011 HV 128/2015a, wegen der Delikte nach § 153c Abs. 1 und Abs. 2, § 159 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 5 Z 3 und 4, § 161 Abs. 1 StGB und § 122 Abs. 1 Z 5 GmbHG zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bedingt, mit einer Probezeit auf drei Jahre, verurteilt worden. Nach dem derzeitigen Stand der Strafregistereintragung sei der Tilgungszeitraum (zurzeit) nicht errechenbar. Diese Verurteilung stelle einen Gewerbeausschlussgrund im Sinne des § 13 Abs. 1 GewO 1994 dar. Zur Beseitigung dieses Ausschlussgrundes habe der Gesuchswerber um die Erteilung der Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 angesucht. Die Verurteilung sei aus dem Jahr 2017 und komme die Behörde zur Ansicht, dass aufgrund der Eigenart der strafbaren Handlung und der Persönlichkeit des Verurteilten eine positive Beurteilung dahingehend, dass die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten sei, derzeit nicht möglich sei. Damit seien die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 GewO 1994 nicht erfüllt.

2. Gegen diesen Bescheid hat der Bf innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben und darin im Wesentlichen ausgeführt, die Verurteilung nach der viertägigen Verhandlung vor dem Landesgericht X sei gerechtfertigt. Die Verurteilung sage im Gesamten jedoch aus, dass der Großteil der Anschuldigungen buchhalterische Fehler gewesen seien, welche der Bf zwar als Geschäftsführer zu tragen habe, jedoch dieser nicht in der Hand hatte, weil der Bf in der Firma damals nicht die Buchhaltungsausbildung bzw. -kenntnis gehabt habe und er sich daher auf seinen Buchhalter, der gleichzeitig der Partner des Bf gewesen sei, verlassen habe müssen. Alle betrügerischen Anschuldigungen seien fallengelassen worden, weil es absolut keinen Nachweis bzw. Grund dafür gebe. Hinsichtlich der vom Dienstgeber abzuführenden Beiträge der Dienstnehmer in Höhe von 20.000 Euro werde wieder auf die Buchhaltung bzw. Lohnverrechnung verwiesen, welche diese hätte ausrechnen müssen. Der Bf habe zum Zeitpunkt nicht gewusst, dass es so

schwerwiegend geahndet werde, wenn Dienstnehmerbeiträge nicht zur Sozialversicherung abgeführt würden. Die Schuld des Bf werde auf keinen Fall bestritten, jedoch seien nie betrügerische Absichten bzw. Bereicherungen seitens des Bf vorgelegen. Der Bf habe seine Strafe bekommen, welche auch berechtigt sei, und die Tilgung derselben ende mit 10. März 2020. In dieser Zeit habe er keinerlei Aktivitäten angestrebt, jedoch habe der Bf trotz dem Wissen einer wahrscheinlich gerichtlichen Verurteilung damals einen Ausgleich mit seinen letzten verfügbaren Mitteln zu erstreben versucht, um so gut wie möglich die damaligen Gläubiger zu befriedigen und den Schaden zu minimieren. Der Bf habe noch sechs Jahre bis zu seiner Pensionierung zu arbeiten.

3. Die belangte Behörde hat die Beschwerde gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsverfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (in der Folge: LVwG Oö.) vorgelegt.

4. Das LVwG Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und Einholung des Gerichtsaktes des Landesgerichtes X zu GZ: 011 HV 128/2015a.

Da sich daraus bereits der entscheidungswesentliche Sachverhalt klären ließ und überdies die Parteien keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt haben, konnte im Sinne des § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung entfallen.

4.1. Folgender Sachverhalt ist entscheidungswesentlich:

Mit Eingabe vom 3. Februar 2020, eingelangt bei der Behörde am 4. Februar 2020, hat der Bf den Antrag auf Erteilung der Nachsicht vom Ausschluss der Ausübung des Gewerbes „X“ gestellt.

Mit Urteil des Landesgerichtes X vom 6. März 2017, GZ: 011 HV 128/2015a, rechtskräftig seit 10. März 2017, wurde der Bf wegen §§ 153c Abs. 1 und 153c Abs. 2 StGB, 159 Abs. 1, 159 Abs. 2, 159 Abs. 5 Z 3 und 4 StGB, 161 Abs. 1 StGB sowie § 122 Abs. 1 Z 5 GmbHG zu einer unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. Dem Schuldspruch liegt zugrunde, dass der Bf

> A.I.
> im Zeitraum 2009 bis Ende 2011 grob fahrlässig die Zahlungsunfähigkeit der X GmbH dadurch herbeigeführt hat, dass er kridaträchtig handelte, indem er insbesondere Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterließ oder so führte, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wurde oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen

Überblick verschafft hätten, unterließ, nämlich keine Kostenrechnung führte, kein internes Kontrollsystem installierte, keine integrierte Unternehmensplanung, bestehend aus Plan-Gewinn- und Verlustrechnung, Plan-Bilanz und Plan-Cash-Flow-Rechnung, führte und keine Fortbestehensprognose erstellte;

A.II.
im Zeitraum Anfang 2012 bis 22. Juli 2014 in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der X GmbH grob fahrlässig die Befriedigung wenigstens einer seiner Gläubiger dadurch vereitelt oder geschmälert hat, dass er kridaträchtig handelte, wobei er einen Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens einen von ihnen, nämlich in Höhe von 570.644 Euro bewirkte, indem er insbesondere

1. übermäßigen mit seinen Vermögensverhältnissen und seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand trieb, nämlich die zu hohe Aufwandstruktur fortsetzte, die bei zu niedriger Eigenkapitalausstattung in Widerspruch zu den realisierten Umsatzerlösen stand und die betrieblichen Aufwendungen und den Personalaufwand nicht mit der tatsächlichen Betriebsleistung in Einklang brachte,
2. Geschäftsbücher und geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterließ und so führte, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wurde oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschafft hätten, unterließ, nämlich keine Kostenrechnung führte, kein internes Kontrollsystem installierte, keine integrierte Unternehmensplanung, bestehend aus Plan-Gewinn- und Verlustrechnung, Plan-Bilanz und Plan-Cash-Flow-Rechnung, führte und keine Fortbestehensprognose erstellte;

B.
die Verhältnisse der Gesellschaft oder erhebliche Umstände, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, unrichtig wiedergegeben, verschleiert oder verschwiegen hat, indem er insbesondere unterließ

1. im offen gelegten Jahresabschluss zum 31. Dezember 2011 bezüglich der Position „Forderungen aus Lieferungen und Leistungen“ wesentliche Forderungsabschreibungen in Höhe von zumindest 50.000 Euro sowie bezüglich der Position „Sonstige Forderungen und Vermögensgegenstände“ hinsichtlich seines Verrechnungskontos eine Wertberichtigung in Höhe von zumindest 250.000 Euro durchzuführen, wodurch ein Eigenkapital in Höhe von 364.021,68 Euro statt tatsächlich in Höhe von 64.021,68 Euro ausgewiesen wurde,
2. im offen gelegten Jahresabschluss zum 31. Dezember 2012 bezüglich der Position „Forderungen aus Lieferungen und Leistungen“ wesentliche Forderungsabschreibungen in Höhe von zumindest 150.000 Euro sowie

bezüglich der Position „Sonstige Forderungen und Vermögensgegenstände“ hinsichtlich seines Verrechnungskontos eine Wertberichtigung in Höhe von zumindest 500.000 Euro durchzuführen, wodurch ein Eigenkapital in Höhe von minus 297.269,43 Euro statt tatsächlich in Höhe von 947.269,43 Euro ausgewiesen wurde;

D.
im Zeitraum Juli 2012 bis Mitte Juli 2014 als Dienstgeber Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung in Höhe von zumindest 20.000 Euro einbehalten und dem berechtigten Sozialversicherungsträger, nämlich der Oö. Gebietskrankenkasse, vorenthalten hat.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. Februar 2020 wurde dem Bf die Nachsicht vom Gewerbeausschluss für die Ausübung des Gewerbes „X“ wegen gerichtlicher Verurteilung verweigert.

Der hier entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus dem Akteninhalt, dem Strafregisterauszug, den Angaben des Bf in der Beschwerde sowie der Einsichtnahme in den Strafakt des Landesgerichtes X.

5. Hierüber hat das LVwG Oö. erwogen:

5.1. Gemäß § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b und Z 2 GewO 1994 sind natürliche Personen von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, wenn sie wegen einer sonstigen [Anmerkung: nicht unter lit. a fallenden] strafbaren Handlung zu einer drei Monate übersteigenden Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen von einem Gericht verurteilt worden sind und die Verurteilung nicht getilgt ist. Diese Bestimmung gilt auch, wenn mit den angeführten Ausschlussgründen vergleichbare Tatbestände im Ausland verwirklicht wurden.

Gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde im Fall des Ausschlusses von der Gewerbeausübung gemäß § 13 Abs. 1 oder 2 die Nachsicht von diesem Ausschluss zu erteilen, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist.

5.2. Unbestritten ist, dass aufgrund der erfolgten Verurteilung des Bf der Gewerbeausschlussgrund des § 13 Abs. 1 Z 1 lit. b GewO 1994 gegeben ist. Eine Tilgung der verhängten Strafe ist bislang nach dem vorliegenden Strafregisterauszug nicht eingetreten. Wenn der Bf hingegen in der Beschwerde von einer Tilgung ausgeht, ist dem zu entgegnen, dass nicht die Tilgung eingetreten ist, sondern die hinsichtlich der bedingten Strafe ausgesprochene Probezeit von drei Jahren abgelaufen ist.

Nach dem oben zitierten § 26 Abs. 1 GewO 1994 hat die Behörde bei der Prüfung der Frage, ob die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes zu befürchten ist, sowohl auf die Eigenart der strafbaren Handlung als auch auf das Persönlichkeitsbild des Verurteilten Bedacht zu nehmen (VwGH 5.9.2001, 2001/04/0116). Bei der Prognose nach der genannten Bestimmung ist auf den seit der Begehung der Delikte verstrichenen Zeitraum abzustellen, wobei dem zwischenzeitlichen Wohlverhalten des Bf jenes Gewicht beigemessen werden können muss, um von einer eine negative Prognose der nach dieser Bestimmung ausschließenden Wandlung des Persönlichkeitsbildes ausgehen zu können (VwGH 27.5.2009, 2009/04/0101; 17.9.2019, 2010/04/0026).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in den hierzu laufend ergangenen Erkenntnissen ausgeführt, dass die Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 erst dann zu erteilen ist, wenn die in dieser Bestimmung genannte Befürchtung gar nicht besteht. Eine Nachsicht soll immer die Ausnahme bilden und darf nicht eine Regel darstellen.

Es kommt also nicht darauf an, dass die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat kaum zu befürchten oder unwahrscheinlich ist, sondern dass die in der (durch die fragliche Straftat manifestierten) Persönlichkeit begründende Befürchtung der Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei der Ausübung des Gewerbes eben (gar) nicht besteht (VwGH 17.9.2010, 2009/04/0237).

Ist also aufgrund der Eigenart der strafbaren Handlung und der Persönlichkeit des Bf die Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat bei der Ausübung des Gewerbes zu befürchten bzw. kann eine solche Straftatbegehung mit guten Gründen nicht ausgeschlossen werden, liegen die Voraussetzungen für die Nachsichtserteilung nicht vor und ist daher die Nachsicht zu verweigern.

5.3. Die dem Gewerbeausschluss zugrundeliegende Verurteilung aus dem Jahr 2017 hat unter anderem grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, das Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nach § 153c Abs. 1 und 2 StGB zum Gegenstand. Dieser Verurteilung liegen die unter 4.1. beschriebenen Tatumstände zugrunde.

Die Verurteilungen des Bf liegen sohin sowohl in strafbaren Handlungen gegen fremdes Vermögen als auch im Sozialbetrug.

Diese Deliktsbegehungen zeigen ein Charakterbild des Bf, aus dem der Schluss gezogen werden kann, dass er sich mit den einzuhaltenden Bestimmungen bei Ausübung eines Gewerbes nicht auseinandersetzt, ein mangelndes Unrechtsbewusstsein aufweist und die finanzielle Schädigung Dritter zu seinen Gunsten in Kauf nimmt. Zudem wurden die Delikte vom Bf in Ausübung eines Gewerbes begangen und ist schon daraus der Schluss zulässig, dass der Bf bei Ausübung des

beantragten Gewerbes gleiche oder ähnliche Straftaten begehen könnte. Jedenfalls ergibt sich durch das vom Bf zur Anmeldung beabsichtigte Gewerbe die Möglichkeit zur Begehung einer gleichen oder ähnlichen Straftat. Für den Bf besteht bei Ausübung des Gewerbes zum einen auch weiterhin die Möglichkeit, Arbeitnehmer zu beschäftigen und damit die Möglichkeit, entsprechende Dienstnehmerbeiträge nicht abzuführen. Zum anderen besteht weiterhin die Möglichkeit der Begehung zumindest fahrlässiger Krida.

Bei der Prognose des Persönlichkeitsbildes ist auf den seit der Begehung der Delikte verstrichenen Zeitraum abzustellen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen, wonach einem relativ kurzen Zeitraum seit Ende des strafbaren Verhaltens bzw. der Verurteilung nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen nicht jenes Gewicht beigemessen werden kann, das die angenommene Befürchtung rechtswidrig erscheinen ließe (VwGH 24.11.1992, 92/04/0102). Im konkreten Fall sind seit der Begehung sechs bis acht Jahre und seit der Verurteilung gerade einmal drei Jahre vergangen und ist auch die Frist der Probezeit erst im März verstrichen. Während der Probezeit kann dem Wohlverhalten des Bf nicht jene Bedeutung beigemessen werden, die eine unbedingt positive Persönlichkeitsprognose begründen könnte. Nach Ansicht des LVwG Oö. ist die seit der Verurteilung verstrichene Zeit von drei Jahren, in der sich der Bf einwandfrei verhalten hat, als zu kurz zu erachten, um daraus die Erwartung ableiten zu können, die zu Tage getretene Einstellung des Bf zu den rechtlich geschützten Werten habe sich wesentlich geändert.
Der Bf vermag auch mit dem Hinweis auf die Erforderlichkeit der Gewerbeausübung für den Fortbestand seiner wirtschaftlichen Existenz keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun, da diese Umstände keine Voraussetzung für die Nachsichtserteilung darstellen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die belangte Behörde zu Recht nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Bf die Befürchtung der Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des angestrebten Gewerbes nicht gänzlich ausgeschlossen hat, weshalb für die Erteilung einer Nachsicht gemäß § 26 Abs. 1 GewO 1994 kein Raum bleibt.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als

uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Erfolgt die Zustellung bis zum 30. April 2020, beginnt die Frist mit 1. Mai 2020 neu zu laufen. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier